

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La figure contractuelle dans la formation du lien matrimonial, le divorce et l'établissement de la filiation

Fierens, Jacques

Published in:

Liber amicorum Michel Coipel

Publication date:

2004

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fierens, J 2004, La figure contractuelle dans la formation du lien matrimonial, le divorce et l'établissement de la filiation. Dans *Liber amicorum Michel Coipel*. Kluwer, Bruxelles, p. 281-300.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La figure contractuelle dans la formation du lien matrimonial, le divorce et l'établissement de la filiation

Jacques FIERENS

Avocat,

Professeur aux FUNDP et à l'ULg

Nuptias enim non concubitus sed consensus facit.

Ulpian, 3^e siècle après J.C.

*Mariage : contract civil par lequel un homme est
joint à une femme pour la procréation des enfans
legitimes*

Antoine FURETIÈRE, 1690.

Les conventions finissent par former les êtres..

Marguerite YOURCENAR, 1976.

1. Les quelques remarques qui suivent tentent de montrer à quel point l'hypothèse contractuelle dans la formation des liens sociaux fondamentaux précède de loin le siècle qui a vu naître le Code civil et celui que nous vivons, et comment l'idéologie du contrat se marque dans l'établissement des liens familiaux, où elle devrait pourtant se heurter à des phénomènes naturels, au sens où ceux-ci s'imposeraient à l'être humain en limitant le champ de sa volonté.

2. Le droit de la famille repose sur deux relations essentielles, l'union de deux adultes et la filiation. La première se décline de plusieurs manières : mariage, cohabitation légale, union dite « libre ». Toutes ces modalités de formation des couples sont d'essence contractuelle. Cette remarque peut paraître banale parce que notre culture lui donne l'apparence de l'évidence, mais il n'en a pas toujours été ainsi. Longtemps, l'union de l'homme et de la femme a été considérée comme un impératif dicté par la nécessité de la reproduction, et l'autonomie de la volonté – surtout celle des premiers concernés et singulièrement celle de la femme – n'y a occupé qu'une place restreinte. Dans le cadre limité de cette communication, nous n'évoquerons que la conclusion du mariage et son corollaire, le divorce¹. Du côté de l'établissement de la filiation, l'imposition par le

1. Nous laisserons également de côté les aspects patrimoniaux du mariage, au sujet duquel la

→

droit du modèle contractuel est moins évidente. Jusqu'à dans un passé récent, l'homme et la femme ne devaient-ils pas se soumettre, avec plus ou moins de joie ou de souffrance, aux événements que constituaient la grossesse aléatoire de la mère, la naissance éventuelle d'un enfant ou au contraire l'attente déçue de celui-ci ? Or, bien avant l'apparition des moyens de maîtriser la fécondité, ou l'intervention médicale active dans la procréation, l'établissement de la filiation juridique a été tenue pour essentiellement contractuelle. Cette caractéristique est surtout celle de la filiation qui a longtemps été la seule valorisée par le droit, la filiation dans le mariage².

3. Nous entendons le contrat au sens de convention juridique que rappelle M. Coipel : « Il y a contrat lorsque deux ou plusieurs personnes concluent un accord et lorsqu'une personne au moins prend l'engagement de fournir une prestation – quelle qu'elle soit – envers la ou les autres »³. La loi enseigne que « toutes les dispositions relatives au droit de la famille sont en principe d'ordre public. Il n'est pas permis d'y déroger par convention (Code civ., art. 10). Elles fixent l'état d'une personne, qui est une *chose hors du commerce* (Code civ., art. 1128) »⁴. Le caractère péremptoire de ces prescriptions légales n'empêche pas que le champ ouvert au contractualisme dans l'établissement des rapports familiaux est aujourd'hui de plus en plus large.

4. Nul doute, comme le souligne encore M. Coipel dans la foulée de Henri De Page, que les grands principes du droit des contrats sont liés à la philosophie libérale du dix-neuvième siècle. La contractualisation du mariage et de la filiation est cependant l'aboutissement d'une conception de l'individu, du couple et de l'enfant qui puise ses racines dans l'Antiquité, s'abreuve aux conceptions chrétiennes et au droit canonique, ne cesse de s'amplifier depuis la Renaissance en se sécularisant, recueille les postulats du Siècle des Lumières et s'épanouit au sein d'une conception contemporaine de la liberté qui ne voit de

bornes à la maîtrise de l'individu sur lui-même et sur autrui que dans la liberté réciproque. En droit, cette conception s'exprime très bien dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 – texte fondateur de l'État moderne s'il en est : « La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. » (Article 4)

5. La contractualisation du mariage, du divorce et de la filiation se voit en effet déterminer des bornes. Cependant, même si elle n'est pas absolue, elle n'est circonscrite aujourd'hui que partiellement par la mobilisation de concepts comme « vérité biologique » ou « intérêt de l'enfant ».

La nature du mariage et sa conclusion

6. Le mariage, en tant qu'acte créateur de l'état matrimonial, est un contrat solennel⁵. Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement (art. 146 C. civ.). Certes, le mariage n'est pas uniquement un contrat ; il a été longtemps considéré d'abord comme l'adhésion volontaire à une institution⁶. La théorie institutionnelle, qui puise ses racines jusque dans le stoïcisme⁷, est cependant critiquée depuis plusieurs décennies, notamment parce qu'elle est jugée inutile⁸.

7. Dès l'origine et jusqu'à aujourd'hui, la fin du mariage a été prioritairement mobilisée pour sa définition, sa compréhension et la détermination de ses effets juridiques. Cette approche est héritée de la philosophie grecque, et est surtout explicite chez Aristote. Le Stagirite propose de comprendre tout étant en fonction de son essence, de son entéléchie, de son parfait accomplissement : « La nature d'une chose, c'est sa fin »⁹. Cette démarche philosophique, essentielle au sens littéral du terme, est ancrée profondément dans notre civilisation. Il y va aussi d'une conception à prétention naturaliste, au sens où elle convoque

→ détermination du régime matrimonial secondaire relève du contrat explicite (le « contrat de mariage ») si les époux ne choisissent pas le régime légal, ainsi que les éventuels arrangements patrimoniaux sous forme de contrat qui peuvent accompagner le divorce.

2. L'adoption, qui n'établit pas de lien de filiation, présente un caractère conventionnel qui fait de moins en moins de doute. Voy. B. MAINGAIN, « La nature contractuelle de l'adoption et ses incertitudes », dans M.-Th. MEULDERS-KLEIN, (dir.), *Adoption et formes alternatives d'accueil*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, pp. 37-46, qui estime cependant que « depuis 1940, le droit belge de l'adoption s'éloigne insensiblement de son pôle contractuel. » (p. 45) Voy. aussi F. BOULANGER, *Enjeux et Défis de l'Adoption. Etude comparative et internationale*, Paris, Economica, 2001.

3. M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, Story-Scientia et Kluwer [Coll. À la rencontre du droit], 1999, n° 1, p. 3.

4. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, *Les personnes*, 4^e éd. par J.-P. MASSON, 1990, vol. I, n° 443 ; souligné par l'auteur.

5. Le terme « mariage » est ambigu en droit, puisqu'il désigne à la fois le contrat initial et l'état qui en résulte. Voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 488.

6. « En raison de son importance dans l'organisation de la cité, c'est un ensemble de règles imposées par le droit, qui forment un tout, et auxquelles les parties ont seulement la faculté d'adhérer. » (H. DE PAGE, *op. cit.*, citant PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 69. Souligné par l'auteur.)

7. L'hypothèse de Michel Foucault est que les stoïciens auraient fondé le mariage comme état de vie permettant, dans la restriction qu'il impose à la sexualité, de s'accorder chacun à soi-même un plus grand souci de soi comme être raisonnable. Voy. M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, t. III, *Le Souci de soi*, Paris, Gallimard 1984.

8. Voy. F. RIGAUX, *Les personnes*, t. 1, *Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier [Précis de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain], 1971, n° 690 et s.

9. ARISTOTE, *Politique*, Livre 1^{er}, II, 8, traduction française J. Aubonnet, Paris, Les belles lettres, 1960, p. 13. Comme on le verra, en 2003, le Ministre de la Justice recourra encore à une définition téléologique du mariage pour justifier l'admission de celui des homosexuels. Voy. *infra*, n° 16.

inévitavelmente une certaine perception de la « nature » considérée comme ordonnée, téléologique, à laquelle l'homme et le droit qu'il produit doivent se soumettre.

8. En Grèce et à Rome, en contraste avec d'autres sources littéraires antiques exaltant l'amour dans le mariage ou en dehors¹⁰, les philosophes présentent l'institution matrimoniale quasi exclusivement selon sa fonction reproductrice¹¹. Le mariage est par conséquent d'abord considéré comme un devoir moral, surtout pour l'homme. L'Antiquité vilipende le célibataire.

9. La tradition hébraïque, l'autre racine principale de notre philosophie du droit avec la Grèce, représente le mariage comme création de Dieu, dans laquelle la volonté des époux n'est pas première. À propos de l'homme créé à l'image de Dieu, la Genèse précise : « Homme et femme il le créa »¹². Sous l'influence de Saint Paul¹³, le mariage devient un pis-aller dans une tradition chrétienne qui valorise la virginité et le célibat. Contrairement donc à une idée trop souvent reçue, la perception du mariage sous l'angle de sa fonction reproductrice n'est pas d'abord le fait du christianisme, même si un Clément d'Alexandrie, héritier de la pensée antique, dira que « s'unir pour une autre raison que la procréation des enfants, c'est faire injure à la nature »¹⁴. C'est au contraire l'Église qui a souligné la nécessaire liberté individuelle des époux et leur bien comme visée essentielle du mariage, même si elle n'a jamais abandonné une perspective téléologique. Augustin d'Hippone, parfois surnommé le « docteur du mariage chrétien » présente une doctrine des trois fins de l'union conjugale : *proles, fides, sacramentum* (procréation, fidélité, sacrement)¹⁵. La pensée d'Augustin a ceci de très actuel qu'à ses yeux, l'amour conjugal est le principal bien du mariage, et la procréation seulement une conséquence naturelle. Thomas d'Aquin a une vision moins valorisante du mariage. Les trois biens relevés par Augustin paraissent à

ses yeux, au mieux, des excuses à la sexualité. Le Docteur angélique insiste sur deux buts : la propagation de l'espèce et le secours mutuel des époux. Le mépris de la première est un péché mortel¹⁶. L'amour comme sentiment ou l'érotisme de l'union n'ont guère de place dans cette conception. C'est si vrai que l'amour courtois tel que chanté dans le Midi à la même époque, tient pour impossible l'amour dans le mariage, et que Pierre Lombard, un siècle avant Thomas d'Aquin, avait même du convaincre de la validité des mariages d'amour !

10. C'est donc l'Église qui fera preuve de modernisme en combattant dès l'origine en faveur de la liberté des époux eux-mêmes, spécialement contre l'autorité paternelle. À partir du XII^e siècle, lorsqu'elle se prétend seule responsable des mariages, elle introduit la vérification du consentement des époux dans les *ordines*. De plus, elle considère que l'échange des consentements, c'est-à-dire somme toute la conclusion du contrat, est le sacrement que les époux se confèrent l'un à l'autre en présence du prêtre, ce dernier ne l'administrant pas lui-même, contrairement à tous les autres sacrements. Le Concile de Latran, en 1215, devra d'ailleurs défendre l'Église des accusations proférées contre elle de faciliter les « rapt » en se fondant sur le consentement des conjoints. Il y répondra par l'exigence de publicité de la cérémonie, mais jamais en imposant l'accord des parents. Le droit civil, de son côté, exigera jusqu'en 1990, pour des raisons patrimoniales, le consentement des parents dans le cas d'époux âgés de moins de 25 ans¹⁷. Il fallait que les biens demeurent dans la classe des possédants et ne puissent être aliénés ou dissipés par des unions socialement malencontreuses. Ce n'est donc que récemment que le consensualisme civil a rejoint, en matière de mariage, celui que l'Église avait forgé au cours des siècles.

11. Selon le droit canonique contemporain, « c'est le consentement des parties légitimement manifesté entre personnes juridiquement capables qui fait le mariage. »¹⁸. Le canon 1055, § 1^{er} du Code de 1983 définit toujours le mariage de manière téléologique, dans une synthèse de la tradition naturaliste héritée des Grecs et de l'interventionnisme divin hérité des Hébreux : « L'alliance matrimoniale, par laquelle un homme et une femme constituent entre eux une communauté de toute la vie, ordonné par son caractère naturel au bien des conjoints ainsi qu'à la génération et à l'éducation des enfants, a été élevée entre baptisés par le Christ Seigneur à la dignité de sacrement ». Selon le canon 1057, § 2, le consentement matrimonial est « l'acte de la volonté par lequel un homme et

10. Voy. chez Euripide et Homère, les sentiments de Ménélas et de Pâris à l'égard d'Hélène, ceux qui unissent Hector et Andromaque, ou Ulysse et Pénélope...

11. Voy. PLATON, *Les Lois*, I, 631d ; IV, 739-74 ; VI, 772-776, 783d ; *La République*, V, 457 et 460. ARISTOTE, *Politique*, Livre 1^{er}, II, 2. LUCRÈCE, *De la nature*, II, 77-79.

12. Gn 1, 27. Remarquons que, contrairement à ce que livrent la plupart des traductions, dont la Traduction œcuménique de la Bible, le texte ne dit pas « Homme et femme il les créa, mais le créa ».

13. « Je pense qu'il est bon pour l'homme de ne point toucher de femme. » (1Co 7, 7). « Il vaut mieux se marier que de brûler » (1Co 7, 9). Voy. cependant la comparaison valorisante entre le mariage de l'homme et de la femme et celui du Christ et de l'Église dans Ep 5, 21-33.

14. *Le Pédagogue*, 2, 10, dans J.-P. MIGNÉ (éd.) *Patrologie grecque*, T. 8, 141, col. 511.

15. Voy. *De gratia Christi et de peccato originali*, dans J.-P. MIGNÉ (éd.), *Patrologia latina*, T. 44, 404 ; *De bono coniugali*, *ibidem*, T. 40, 373-396. *Sacramentum* est la traduction du grec *mysterion* que Saint Paul utilise dans l'Épître aux Éphésiens pour désigner l'union du Christ et de l'Église. Il faudra attendre le XII^e siècle pour que l'Église reconnaisse le mariage comme un sacrement au sens de celui qui s'attache au baptême, à la pénitence ou à l'eucharistie. À partir de 1520, Luther contestera le caractère sacramentel du mariage.

16. *Summa theologiae*, IIIa, q. 49, articles 1 à 6.

17. Loi du 19 janvier 1990 abaissant à dix-huit ans l'âge de la majorité civile. Le consentement des ascendants reste la règle en cas de mariage d'un enfant mineur, par hypothèse après dispense de la condition d'âge par le tribunal de la jeunesse (voy. art. 148 C. civ.). Sur l'évolution de la législation relative au consentement des aîeux depuis le Code civil, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 511.

18. Canon 1057 du Code de 1983.

une femme se donnent et se reçoivent mutuellement par une alliance irrévocable pour constituer le mariage ». La Constitution pastorale *Gaudium et spes* dira : « La communauté profonde de vie et d'amour que forme le couple a été fondée et dotée de ses lois propres par le Créateur ; elle est établie sur l'alliance des conjoints, c'est-à-dire sur leur consentement personnel irrévocable. (...) Et c'est par sa nature même que l'institution du mariage et l'amour conjugal sont ordonnés à la procréation et à l'éducation qui, tel un sommet, en constituent le couronnement ».¹⁸ Or, l'idée de contrat s'affirme ici clairement, à travers celle d'« alliance »¹⁹, surtout à travers celle de « consentement ». La figure de l'alliance, qui parcourt toute la Bible, puise son origine dans les traités que les peuplades sémites concluaient, spécialement les traités de paix. Elle s'apparente ainsi à une des formes les plus archaïques de la figure contractuelle, sous l'importante réserve que, dans la Bible, le pacte n'est pas le *fondement* du droit, de la loi, qui réside dans la volonté de Dieu ; il en est la suite, la mise en œuvre, la conséquence. Ainsi, aux yeux de *Gaudium et spes*, sans solution de continuité avec les textes bibliques évidemment, le mariage est fondé par Dieu, et les époux y adhèrent. Le moment du contrat est cependant strictement limité à la conclusion du mariage, absent pendant la durée de celui-ci et exclu en ce qui concerne sa fin.

12. Dès le XVI^e siècle, la référence aux fins de l'union conjugale s'estompe progressivement pour accentuer toujours davantage le rôle de la volonté. Le droit, qui se laïcise, renforce la tendance consensualiste du droit canonique, mais en négligeant de plus en plus souvent le but de procréation du mariage²⁰. C'est l'époque qui voit naître le triomphe du contractualisme moderne. Le contrat entre individus est considéré comme l'origine, la justification et l'interprétation du lien social et politique en général²¹, donc celles du mariage en particulier. Nous entrons dans une conception juridique où le contrat s'oppose plus souvent à la nature qu'il ne prétend s'y conformer. Notre siècle est plus que jamais tributaire de ces représentations exprimées par Grotius, Hobbes, Locke, Rousseau. Elles façonnent tout le droit contemporain²². Grotius, dont on connaît la célèbre formule « *Etiamsi daremus non esse Deum* »²³, qu'il qualifiait lui-même de criminelle mais qui accomplit par elle un pas de géant dans la

sécularisation du droit, est un des premiers à négliger la procréation dans le mariage et à privilégier son caractère conventionnel, lequel à ses yeux a d'abord pour objectif de légaliser et de légitimer la subordination de la femme à l'homme. Protestant, il est bien sûr en rupture avec l'enseignement de l'Église et contribuera à instaurer le caractère consensuel du mariage en dehors de celle-ci, dans le droit civil. Le consensualisme moderne tente aussi de faire en sorte que le contrat soit conclu entre les époux, et non exclusivement entre les familles et singulièrement entre les pères des mariés. Grotius écrit encore : « Le droit qu'on acquiert sur les personnes en vertu du consentement, vient d'une association, ou d'un assujettissement. L'association la plus naturelle apparaît dans le mariage ; mais à cause de la différence du sexe, l'autorité n'est pas égale : le mari est le chef de la femme. (...) Si, en effet, les fils doivent en toutes choses respect à leurs père et mère, ils le doivent principalement lorsqu'il s'agit d'un acte qui, tel le mariage, intéresse la famille entière. Mais il ne suit pas de là que le fils soit dépouillé de ce droit qu'on explique par le mot de faculté ou de pouvoir. (...) Or la seule obligation du respect n'a point l'effet de rendre nul l'acte qui lui est contraire »²⁴.

13. Dans le discours préliminaire du Code civil prononcé par Portalis, à propos du mariage, l'orateur distingue le comportement « naturel » de l'homme de celui des animaux pour aboutir solennellement à la sacralisation du contrat : « Sans doute, le désir général qui porte un sexe vers l'autre, appartient uniquement à l'ordre physique de la nature : mais le choix, la préférence ; l'amour, qui détermine ce désir, et le fixe sur un seul objet, ou qui, du moins, lui donne son objet préféré, un plus grand degré d'énergie ; les égards mutuels, les devoirs et les obligations réciproques qui naissent de l'union une fois formée, et qui s'établissent entre des êtres raisonnables et sensibles ; tout cela appartient au droit naturel. Dès-lors, ce n'est plus une simple rencontre que nous apercevons, c'est un véritable contrat. (...) Tel est le mariage, considéré en lui-même et dans ses effets naturels, indépendamment de toute loi positive. Il nous offre l'idée fondamentale d'un contrat proprement dit, et d'un contrat perpétuel par sa destination »²⁵. Le contrat, comme chez Hobbes, Locke ou Rousseau est bien, dans cette conception, ce qui s'oppose chez l'homme à l'état de nature qu'il partage avec les animaux, ce qui précisément permet de s'en prendre distance. On est loin du naturalisme antique, de plus en plus proche du règne de la seule volonté.

14. Le mariage se définit aujourd'hui toujours davantage par l'engagement contractuel qu'il suppose, plutôt que par l'institution qu'il représente ou par

19. Il est sans doute inutile de rappeler que l'anneau symbolisant le mariage, depuis le Concile de Trente (1545-1563), s'appelle aussi « alliance ».

20. Pour Montesquieu, la justification du mariage sera la nécessité d'avoir un père pour nourrir les enfants et les « conduire » (*De l'esprit des lois*, XXIII, II).

21. Voy. J. TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat* de Bodin à Rousseau, Paris, Seuil (coll. Points essais n° 450), 2001.

22. Voy. l'ensemble de l'œuvre de S. GOYARD-FABRE, et spécialement *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, PUF (coll. Thémis philosophie), 1997.

23. « Quand même nous accorderions qu'il n'y a pas de Dieu ». Il est vrai que Grotius ajoute, « ce qui ne peut être concédé sans un grand crime ». (*Le droit de la guerre et de la paix*, traduction française P. Pradier-Fodér, Paris, Presses universitaires de France, 1999, Prolégomènes, § 11).

24. *Ibidem*, Livre II, V, VIII, 1 et X, 1.

25. P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, réimpression de l'édition 1827, Osnabrück, Otto Zeller, 1968, pp. 483-485.

ses fins, même si l'évolution des conceptions a évacué toute idée de subordination de la femme. Au contraire, l'affirmation de l'égalité de cette dernière par rapport à l'homme et celle de sa liberté ont accentué la tendance contractualiste, la validité d'un contrat étant d'autant moins contestable que les parties sont reconnues égales et libres²⁶. La régression de l'aspect procréatif du mariage au profit de ses dimensions consensuelles est notamment illustrée par un arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 1988, qui envisage explicitement l'hypothèse où « les conjoints seraient convenus, au moment de contracter mariage, qu'ils n'auraient pas d'enfants », et la déclare licite²⁷.

15. La possibilité, en droit belge, du mariage homosexuel est l'indice le plus récent et le plus spectaculaire de l'extension du contractualisme et du recul de la perception téléologique du mariage²⁸. Un proverbe chinois dit, paraît-il, que le mariage est une forteresse assiégée : ceux qui sont dehors veulent y entrer et ceux qui sont dedans veulent en sortir. Le législateur ni les destinataires de la règle de droit n'ont probablement encore mesuré la portée culturelle, sociale ou psychologique de la brèche percée dans les murs de la forteresse. Les règles relatives à la formation des couples hommes-femmes, comme l'ont montré de manière convaincante les anthropologues (on pense bien sûr à Marcel Mauss et surtout à Claude Lévi-Strauss) sont non seulement au cœur de l'émergence même du phénomène juridique, les premières règles de droit ayant vraisemblablement été celles de la régulation des rapports sexuels²⁹, mais au cœur de toute civilisation. Elles représentent, selon la formule célèbre, le passage de la nature à la culture³⁰. La psychanalyse a par ailleurs montré l'importance incommensurable du couple masculin-féminin dans la structuration de la personnalité. Or, c'est à cette relation originaire que le législateur a touché de manière fondamentale. Quelles que soient les opinions au sujet de l'opportunité de cette réforme, comme l'ont très bien perçu les protagonistes d'un débat qui n'est sans doute pas clôturé, la suppression de la condition de différence de sexe des conjoints, jusque là tellement évidente qu'elle n'avait jamais été formulée

explicitement par le Code civil, impliquait d'abord une contractualisation sans précédent de l'union matrimoniale. Certains parlementaires l'ont clairement aperçu : « Aujourd'hui, un nouveau pas est franchi et le mariage entre dans la sphère contractuelle. D'aucuns plaident pour que l'on aille plus loin et que tous les liens entre personnes, homosexuelles ou hétérosexuelles se réduisent à un contrat »³¹.

16. L'adoption du nouvel article 143 du Code civil impliquait aussi de manière radicale la perte du lien entre le contrat et la procréation, la première fin que la tradition lui avait assignée et un de ses effets le plus ordinaires (mais la discussion sur la procréation en tant que but de l'union fera sans doute surface à travers la problématique de l'adoption par les mariés de même sexe³²). Si le mariage est toujours évoqué, aujourd'hui, en fonction de ses fins, l'autre finalité classique est privilégiée, celle du bonheur des conjoints que mentionnait Augustin d'Hippone, à présent appréhendé en fonction des seuls sentiments³³. Lors de l'élaboration de la loi du 13 février 2003, le Ministre livrait ainsi sa propre approche aristotélécienne du mariage : « Dans notre société contemporaine, le

31. Intervention de M. Fred ERDMAN, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2002-2003, Doc. 50 2165/002, p. 17.

32. Voy proposition de loi du 7 janvier 2004 modifiant le Code civil afin d'autoriser l'adoption par des couples homosexuels déposée par M. Guy SWENNEN, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, Doc. 51 0664/001 ; proposition de loi du 8 janvier 2004 modifiant le Code civil en vue d'autoriser l'adoption par des couples du même sexe déposée par Mmes Martine TAELMAN, et Maggie DE BLOCK, M. Geert VERSNICK, Mme Hilde VAUTMANS, MM. Rik DAEMS et Karel DE GUCHT et Mme Annelies TURTELBOOM, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, Doc. 51 0666/001 ; proposition de loi du 8 janvier 2004 modifiant le Code civil en vue d'autoriser l'adoption par des couples de même sexe déposée par Mmes Els VAN WEERT et Annelies STORMS et M. Stijn BEX, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, Doc. 51 0667/001.

33. Sur la controverse, voy. J.-L. RENÇON, « Mariage et homosexualité », *J.T.*, 2002, 505-514, n° 21-22. Voy. aussi F. SANT'ANGELO, « Les homosexuels et le mariage : une réponse à l'article de Jean-Louis Rençon dans le Journal des Tribunaux du 29 juin 2002 », *J. dr. jeun.*, 2002, liv. 218, 3-4. N. COLETTE-BASECQZ, « Utilisation des techniques de procréation médicalement assistée pour satisfaire le désir d'enfant chez un couple homosexuel. Questions éthiques et juridiques », *Rev. dr. Santé*, 1998-99, 246-249. K. DEKELVER, « Homofiel huwelijk en homofiel gezin : juridische, filosofische en beleidsmatige kanttekeningen », note sous Trib. jeun. Courtrai, 18 mars 1997, *R.G.D.C.*, 1996, 82-119. J. DELVA, « Homohuwelijk en homo-ouderschap onder het kijkglas van de wetgever. Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel en aan het kinderrechtenverdrag », *T.B.P.*, 1998, 463-470 ; F. HAENTJES, « Het homohuwelijk. Ethische, sociologische en juridische noot bij het wetsvoorstel betreffende het geregistreerd partnerschap », dans X., *Liefde's onrecht. Het onmogelijke huwelijk tussen liefde en recht*, Gand, Mys & Breesch [Tegenspraak-Cahiers n° 18], 1998 ; N. MASSAGER, « L'insémination artificielle avec donneur au profit des femmes formant un couple homosexuel », note sous Trib. jeun. Courtrai 18 mars 1997, *J.T.*, 1998, 731-733. C. MECARY et G. de la PRADELLE, *Les droits des homosexuels*, Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd. mise à jour [Coll. « Que sais-je ? », n° 3367], 2002. P. SENAËVE, « Liberalisering van de echtscheiding en institutionalisering van de homofiele tweerelatie op de drempel van de 21ste eeuw », in X., *Liber Amicorum Roger Dillemans*, deel I, Familierecht en familiaal vermogensrecht, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 251-269. D. BORRILLO (éd.), *Homosexualité et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Paris, Presses Universitaires de France [coll. « Les voies du droit »], 1999.

26. Depuis plusieurs décennies, sous l'influence des théories libérales et en conformité avec le Code civil, la doctrine retient, dans la discussion sur la validité des contrats, la condition de liberté mais omet celle d'égalité (Voy. par exemple M. COPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, cit., p. 50). Cette dernière est pourtant bien présente chez les contractualistes du XVII^e siècle, comme Hobbes (*Léviathan*, Chap. XIII, § 1er) ou Rousseau (*Du contrat social*, ch. VI), qui supposent d'ailleurs l'égalité plutôt qu'ils la constatent.

27. « Attendu qu'en écartant le cas où les conjoints seraient convenus, au moment de contracter mariage, qu'ils n'auraient pas d'enfants, le refus injustifié d'un des conjoints d'avoir un enfant issu du mariage, malgré l'insistance de l'autre conjoint, peut constituer une injure grave, au sens de l'article 231 du Code civil. » (Cass., 6 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, 136, obs.)

28. Voy. l'article 143 du nouveau Code civil, introduit par la loi du 13 février 2003.

29. Voy. N. ROULAND, *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991.

30. C. LÉVI-STRAUSS, *Les Structures élémentaires de la parenté*, Paris, Presses universitaires de France, 1949 ; 2^e éd., Mouton-Maison des sciences de l'homme, 1967.

mariage est vécu et ressenti comme une relation entre deux personnes, ayant comme but principal la création d'une communauté de vie durable. Le mariage offre aux deux partenaires la possibilité d'affirmer au grand jour leur relation et les sentiments qu'ils ont l'un pour l'autre. Les mentalités ayant évolué — aujourd'hui, le mariage sert essentiellement à extérioriser et à affirmer la relation intime de deux personnes et perd son caractère procréatif —, il n'y a plus aucune raison de ne pas ouvrir le mariage aux personnes du même sexe. »³⁴

17. La question demeure évidemment de savoir si la mobilisation de la figure du mariage à cette fin était adéquate dans le cas de partenaires homosexuels. Le Ministre et plusieurs parlementaires ont présenté la mutation de la conception du mariage comme un fait auquel le droit devait s'adapter³⁵, reposant implicitement la vieille question de l'antériorité du fait sur le droit ou l'inverse. L'influence réciproque étant en réalité de l'ordre de la causalité circulaire, il est évident que le mariage homosexuel confortera la nouvelle vision du mariage, essentiellement tournée vers ses aspects contractuels entre adultes et dissociée de ses rapports avec les enfants, voire de leur intérêt, démentant ainsi les affirmations selon lesquelles ceux-ci auraient aujourd'hui une place centrale dans l'élaboration du droit de la famille.

Le divorce contractuel

18. Pendant longtemps, le principe selon lequel il peut être mis fin au mariage par convention n'a pas été admis, quoi que les Romains de la fin de la République et de l'Empire aient été à ce sujet fort modernes³⁶. Ceci ne signifie pas qu'il était considéré comme indissoluble. Dans l'Antiquité, de manière généralisée, il pouvait être rompu par répudiation du mari. La loi de Moïse tente d'adoucir le sort des femmes en se bornant à prescrire la remise d'un acte de divorce³⁷. Le rôle de l'Église catholique sera cette fois de confiner le contractualisme du mariage au moment de sa conclusion, et d'interdire qu'il soit invoqué pour y mettre fin. Les paroles du Christ reprises en *Mt* 19, 6-9, « Que l'homme donc ne sépare pas ce que Dieu a uni ! » et « Si quelqu'un répudie sa femme — sauf en cas d'union illégale — et en épouse une autre, il est adultère »³⁸.

34. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mmes Kristien GRAUWELS et Karine LATIEUX, Exposé du Ministre, *Doc. parl., Ch.*, sess. 2002-2003, Doc. 50 2165/002, p. 4.

35. « Le projet de loi ne donne pas une nouvelle signification au mariage. Dans notre ordre social, le mariage a déjà, dans les faits, reçu une autre signification depuis longtemps. Le droit est à présent adapté en fonction de cette évolution. » (*Doc. parl., Ch.*, sess. 2002-2003, Doc. 50 2165/002, p. 20.)

36. Voy. R. ROBAYE, *Le droit romain*, t. I, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 1997, pp. 66-67.

37. *Dr* 24, 1-4.

38. Traduction œcuménique de la Bible. La célèbre incise, que l'on retrouve en *Mt* 5, 32, →

sont interprétées comme une interdiction du divorce. Pour compenser les inconvénients sociaux de celle-ci, l'Église développera la théorie des nullités et facilitera, jusqu'à ce jour, leur admission.

19. La cessation de l'état matrimonial par divorce s'est (re)contractualisée à la Renaissance, non pas d'abord pour des raisons d'opportunité politique comme celles qui étaient dictées par la situation d'Henry VIII et qui aboutiront, on le sait, au schisme anglican, mais surtout parce que l'idéologie contractualiste de l'époque le veut, et que, comme on l'a vu à propos du mariage, elle s'oppose volontiers à l'Église. Henry VIII n'a finalement fait qu'utiliser opportunément les nouvelles conceptions. Même Érasme multipliera les arguments en faveur du divorce. Montesquieu y sera favorable, parce qu'il pensait que le maintien artificiel du mariage était de nature... à nuire à la natalité. Diderot et Rousseau invoquent l'intérêt des enfants pour justifier le divorce, à contre-courant de la tradition précédente³⁹. Surtout, le divorce est une conséquence du parti qui a été pris à l'égard du mariage. Si celui-ci est d'abord un contrat aux yeux de la loi civile, il doit pouvoir être rompu librement par l'accord des parties, conformément au principe selon lequel la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention.

20. Le caractère contractuel du divorce s'affirme aujourd'hui à travers les règles du divorce par consentement mutuel. La lettre de l'article 233 du Code civil envisage celui-ci sous l'angle de la preuve d'une vie commune insupportable, mais cette preuve est apportée par le moyen exclusif d'un contrat. La notion de consentement est centrale⁴⁰. L'article 1134 du Code civil ne dit-il pas que les conventions légalement formées peuvent être révoquées du « consentement mutuel » de ceux qui les ont faites, utilisant la même terminologie que l'article 233 relatif à cette forme de dissolution du lien conjugal ? La cause péremptoire

→ l'« exception matthéenne », fait l'objet d'interminables controverses. « Union illégale » tente de traduire le grec *pornéia*, que Saint Jérôme a traduit par *fornicatio*. La tradition orthodoxe voit dans l'adultère une base de divorce. Saint Paul permet aussi de quitter un conjoint non chrétien pour se remarier avec un conjoint chrétien (*1Co* 7, 12-15). Ce sont deux exceptions à l'absoluité de la doctrine chrétienne, que l'Église aura cependant toujours tendance à réduire et à minimiser.

39. Voy., pour plus de détails, J.C. BOLOGNE, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, J.-C. Lattès, 1995, pp. 190 et s. Henri DE PAGE présente encore l'indissolubilité de principe du mariage, fondée sur son caractère institutionnel opposé au caractère contractuel, en fonction de l'intérêt des enfants. Voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 648.

40. « Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce ». (art. 233 C. civ.).

de divorce est supposée existante quoique secrète, mais en pratique, chacun sait que le consentement *suffit*⁴¹.

21. En 1804, dans un contexte d'hostilité à ce genre de divorce, néanmoins préservé parce qu'autorisé quelques années plus tôt par la loi du 20 septembre 1792 (et parce que le Premier Consul comptait bien l'utiliser...), la possibilité d'un tel contrat était strictement jugulée. Le divorce par consentement mutuel n'était pas admis si le mari avait moins de 25 ans, si la femme était mineure de 21 ans (art. 275 ancien abrogé par la loi du 20 novembre 1969), si le mariage n'avait pas duré deux ans (art. 276 du Code civil ; cette condition existe encore de nos jours mais une proposition de loi visant à la supprimer a cependant été déposée⁴²), si le mariage avait duré au moins vingt ans ou si la femme avait atteint l'âge de 45 ans (art. 277 ancien abrogé par la loi du 20 novembre 1969). De plus, le divorce devait être autorisé par les ascendants des époux, quel que soit l'âge de ces derniers (art. 278 ancien abrogé par la loi du 20 juillet 1962).

22. Le divorce par consentement mutuel a toujours été précédé de « conventions préalables » conclues par les époux, visant à « régler préalablement leurs droits respectifs sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger »⁴³. Ces conventions concernent non seulement les questions patrimoniales mais aussi des questions personnelles, ce qui renforce encore le consensualisme de la rupture, au point que certains s'en sont émus, non seulement au nom des enfants mineurs, mais des contractants eux-mêmes : « Tenons-nous en fermement à la liberté des contrats, mais sous l'expresse réserve que si l'on demande à un tribunal de donner force de loi à des conventions privées, il lui soit pour le moins loisible de les examiner auparavant et d'inviter les parties 1) à en écarter les clauses qui contreviennent manifestement aux principes de la liberté et de l'égalité de chacune d'elles ; 2) à revoir ensemble, à remanier et à modifier, s'il échet, celles dont l'application porterait préjudice à l'un et/ou à l'autre et enfin 3) à reconsidérer et à redresser celles qui lèseraient l'intérêt bien compris de leur enfant commun »⁴⁴. Ces critiques ont été suivies de la loi du 30 juin 1994 visant à mieux protéger au moins les enfants mineurs contre les accords de leurs parents⁴⁵, *res inter alios acta*. Le juge peut, en cours de procédure, « faire

supprimer ou modifier » les dispositions critiquables concernant les enfants mineurs⁴⁶, ce qui ne modifie pas la nature des conventions. Le contrôle du contrat de divorce n'aboutit de toute façon jamais à substituer à la volonté des contractants celle d'un tiers, fût-il le tribunal, mais uniquement à refuser, le cas échéant, d'homologuer les conventions et de prononcer le divorce⁴⁷. La jurisprudence de la Cour de cassation a toujours répondu aux questions relatives aux modifications ultérieures des conventions préalables en réaffirmant le caractère strictement contractuel de celles-ci⁴⁸.

23. L'aspect consensuel du divorce par consentement mutuel est si marqué qu'il fait problème en pratique. En effet, en dehors d'un accord sur tous les points visés aux articles 1287 et 1288 du Code judiciaire, souvent problématique dans une situation relationnelle par hypothèse difficile, le divorce ne peut être prononcé. Or, beaucoup d'époux conviennent que la vie commune leur est devenue insupportable, mais ne peuvent s'entendre sur tel ou tel point relatif, par exemple, aux pensions et contributions alimentaires, à la liquidation d'une éventuelle communauté de biens ou à la sortie d'une éventuelle indivision. Il faut être d'accord sur tout, sinon on n'est d'accord sur rien, ce qui pousse les couples, en cas de difficultés même mineures, à se rabattre sur des procédures plus agressives⁴⁹.

24. Même dans la procédure de divorce pour cause déterminée, par définition contentieuse, l'aspect contractuel peut refaire surface malgré l'existence de mesures provisoires décidées d'autorité. La Cour de cassation a ainsi été amenée à préciser, en matière d'obligation d'entretien des enfants, qu'aucune disposition légale ne s'oppose à ce que les parents concluent un accord sur leur contribution respective aux frais d'entretien, d'éducation et de formation adéquate de leurs enfants qui déroge aux modalités de contribution fixées par le président statuant en référé au cours de la procédure en divorce, pour autant

→ fois, seule la situation de ceux-ci est prise en considération, le surplus des conventions préalables continuant à relever de l'autonomie des volontés. » (*Ibid.*)

46. Article 1290, dernier al. du Code judiciaire.

47. Voy. l'article 1298 du Code judiciaire ; également la loi du 20 mai 1997 modifiant le Code judiciaire et le Code civil en ce qui concerne les procédures en divorce, qui tente de pallier divers inconvénients pratiques de la loi du 30 juin 1994 sans guère toucher au fond des réformes de 1994 et surtout sans remettre en question le consensualisme de principe.

48. Voy. dernièrement Cass. (aud. plén.), 16 juin 2000, *Arr. Cass.*, 2000, 1119 ; *Bull.*, 2000, 1100 ; *Div. Act.*, 2001, 163 ; *R.C.J.B.*, 2002, liv. 3, 400, note H. CASMAN ; *R.W.*, 2000-01, 238, note W. PINTENS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, 653 ; *T. not.*, 2000, 526 ; *R.G.D.C.*, 2000, 652, note F. BUYSENS et Y.-H. LELEU.

49. Il conviendrait à cet égard de pouvoir faire acter une convention au sujet du divorce lui-même tout en donnant la possibilité aux parties de faire trancher par le juge les points de discordance quant à certains effets de leur décision.

41. L'incompatibilité d'humeur n'est plus une cause de divorce, alors qu'elle l'était sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792.

42. Proposition de loi visant à abroger l'article 276 du Code civil déposée le 9 décembre 2003 par Madame Christine DEFRAGNE, *Doc. parl., Sénat*, sess. 2003-2004, 3 - 406/1.

43. Article 1287 du Code judiciaire.

44. F. POELMAN, « Pour une réforme urgente du divorce par consentement mutuel », *J.T.*, 1982, 372.

45. « Il n'a pas paru opportun, par contre, de permettre au procureur du Roi de s'immiscer dans le contenu des conventions préalables alors qu'elles ne sont pas relatives au statut des enfants mineurs. » (*Doc. parl., Ch.*, 1991-1992, n° 545/1) Le nouvel article 1290 du Code judiciaire « autorise le juge à proposer aux parties de modifier les dispositions des conventions préalables dans la mesure où il lui apparaîtrait qu'elles heurtent l'intérêt des enfants mineurs. Encore une

→

que cet accord ne porte pas atteinte aux intérêts légitimes des enfants et n'entraîne pas dans le chef des parents ou de l'un d'eux, une exonération de l'obligation de contribution à l'entretien, à l'éducation et à la formation adéquate des enfants⁵⁰. La même solution s'applique sans nul doute à la procédure en divorce après séparation de fait de plus de deux ans.

L'établissement de la filiation dans le mariage

25. Les aspects contractuels du mariage et du divorce ne sont guère étonnants. C'est plutôt leur accentuation contemporaine qui a retenu l'attention. La filiation, en droit, semble par contre, à première vue, devoir se soumettre davantage aux faits qu'au consensualisme. Or, il n'en est rien. Le fait de la procréation et l'établissement juridique de la filiation dans le mariage ont toujours été considérés par notre droit avant tout comme affaire de consentement des parents. La circonstance que pendant longtemps les mécanismes physiologiques de la reproduction aient été méconnus et que la fécondité n'ait pu être efficacement maîtrisée par dissociation de l'acte sexuel et de la conception, comme c'est le cas aujourd'hui (du moins dans les pays riches), n'énervent pas cette constatation. Selon la doctrine traditionnelle en Occident, dans le mariage, la survenance d'un enfant est une conséquence du contrat que constitue le mariage. Par celui-ci, du moins jusqu'à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe, les époux étaient censés s'accorder sur la fin du mariage qu'est la procréation et s'engageaient à former une société faite d'abord pour accueillir leur progéniture. La survenance de celle-ci est une conséquence de leur contrat.

26. Plus spécifiquement en ce qui concerne la filiation paternelle dans le mariage, lorsque la Cour d'arbitrage rappelle que « le législateur a pu estimer que l'homme, en se mariant, accepte d'être considéré, en principe, comme le père de tout enfant que sa femme aura »⁵¹, il ne s'agit ni d'une « certaine ironie », ni d'une « extrapolation pour le moins étonnante et savoureuse », et encore moins d'une « avancée pour le moins audacieuse »⁵², mais de l'expression correcte de l'idéologie sous-jacente à la filiation juridique dans le mariage depuis plusieurs siècles. C'est l'interprétation contractuelle de l'adage *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. C'est pour cela aussi que le contrat conjugal ne peut être remis en cause par un tiers, même pas par le père biologique de l'enfant adultérin.

50. Cass., 8 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, 784 ; Cass., 16 janvier 1997, *J.T.*, 1997, 435. La solution de la Cour renvoie à la distinction entre l'obligation à la dette et la contribution à la dette.

51. C.A., n° 138/2000 du 21 décembre 2000, § B. 7, *R.G.D.C.*, 2001, 359, note G. VERSCHOLDEN. Voy. aussi C.A., n° 95/2001 du 22 juillet 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, 725, note.

52. Selon les termes de N. MASSAGER, « Droit de la filiation – chronique de jurisprudence (1999-2001) », *Revue de la Faculté de droit de l'ULB*, 2003, n° 2, p. 182.

L'action en contestation de paternité du mari ne lui est pas ouverte par l'article 332 du Code civil. La Cour d'arbitrage n'a pas estimé cette solution discriminatoire⁵³.

27. Dans l'hypothèse où ni le mari, ni la mère, ni l'enfant ne contestent la paternité du premier, un enfant biologiquement adultérin ne verra jamais sa véritable filiation établie⁵⁴. Une filiation de complaisance peut être établie par reconnaissance, sous réserve de contestations dont la possibilité est limitée⁵⁵. La possession d'état ou le simple fait d'avoir « élevé l'enfant comme le sien » font souvent obstacle à la vérité biologique⁵⁶.

28. L'idéologie contractuelle s'est renforcée avec les progrès de la science, qui permet de dissocier le consentement aux relations sexuelles et le contrat de filiation, et qui ouvre concrètement un choix aux époux : avoir ou non des enfants⁵⁷. La volonté de procréer dans le mariage n'est plus seulement supposée au moment de la conclusion de celui-ci, mais peut s'exercer ou non, en fait, tout

53. « Selon l'exposé des motifs, un des objectifs de la loi du 31 mars 1987, en ce qui concerne la filiation, était de 'cerner le plus près possible la vérité', c'est-à-dire la filiation biologique » (*Doc. parl.*, Sénat, 1977-1978, n° 305, I, p. 3). S'agissant de l'établissement de la filiation paternelle, il a été indiqué que « la volonté de régler l'établissement de la filiation en cernant le plus possible la vérité [devait] avoir pour conséquence d'ouvrir largement les possibilités de contestation » (*ibidem*, p. 12). Toutefois, il ressort des mêmes travaux préparatoires que le législateur a également entendu prendre en considération et protéger ce que ces travaux appellent 'la paix des familles', en tempérant si nécessaire à cette fin la recherche de la vérité biologique (*ibidem*, p. 15) ». (C.A. n° 12/98 du 11 février 1998, § B.6.1 ; voy. aussi C.A. n° 41/97 du 14 juillet 1997)

54. Voy. article 332 du Code civil et C.A. n° 12/98 du 11 février 1998 qui estime cette solution constitutionnelle et C.A. n° 138/2000 du 21 décembre 2000 : « Le législateur a pu estimer que l'homme, en se mariant, accepte d'être considéré, en principe, comme le père de tout enfant que sa femme aura. (...) Il n'apparaît pas déraisonnable de donner la priorité à la paternité légale plutôt qu'à la paternité biologique et de rendre une action en contestation de paternité impossible, dans l'intérêt de l'enfant, dès lors que celui-ci peut prendre conscience de la paternité et qu'il peut être raisonnablement admis qu'il y a possession d'état à l'égard du père, avec le consentement de la mère, qui n'a pas exercé son droit personnel de contester cette paternité ». L'article 313, § 2 interdit en outre l'établissement de la double filiation des enfants incestueux. Voy. D. PIRE, « L'enfant 'incestueux' et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.L.M.B.*, 1990, 1169-1170, note sous Liège, 27 févr. 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, 239.

55. Voy. article 330 du Code civil.

56. Voy. article 312, § 3 du Code civil en ce qui concerne la contestation de la reconnaissance par la mère ; article 330, § 2, alinéa 2 en ce qui concerne la contestation de la reconnaissance maternelle ou paternelle ; articles 320 et 323 en ce qui concerne la reconnaissance par un autre homme que le mari ou l'établissement de la filiation d'un autre homme par jugement ; article 332, alinéa 5 en ce qui concerne la contestation de la paternité du mari.

57. Ainsi, lorsque la mère de l'enfant a été fécondée par insémination artificielle dans le cadre d'un contrat de mère porteuse et que les données factuelles, propres à la cause, ne permettent pas de déduire que le mari de la mère aurait donné son accord pour l'insémination artificielle, l'action introduite par le mari en contestation de sa paternité est recevable. (Civ. Gand, 31 mai 2001, *Juristenkrant*, 2001, liv. 34, 5 ; *R.G.D.C.*, 2002, liv. 1, 27, note G. VERSCHOLDEN)

au long du mariage, ou en tout cas pendant toute la période où les conjoints peuvent enfanter⁵⁸.

L'établissement de la filiation hors mariage

29. Dans la filiation hors mariage, la maternité n'est pas contractualisée. En droit, une femme ne peut s'opposer à l'établissement de la filiation maternelle à l'égard de l'enfant dont elle a accouché, si elle est désignée comme mère dans l'acte de naissance⁵⁹. En fait, elle peut choisir d'accoucher à l'étranger de manière à ce que son nom n'apparaisse pas. Elle peut reconnaître son enfant si son nom n'apparaît pas dans l'acte ou à défaut de celui-ci. Si la paternité a été antérieurement établie, elle n'a nul besoin du consentement du père⁶⁰. L'action en recherche de paternité, plus subsidiairement encore, peut être intentée par l'enfant ou par le père s'il existe⁶¹. Point de contrat dans ces différents mécanismes.

30. Toutefois, la Cour d'arbitrage a estimé contraire aux articles 10 et 11 de la constitution le fait que le consentement de l'enfant majeur ou mineur émancipé, ou mineur de plus de quinze ans, ne soit pas requis lors de sa reconnaissance éventuelle par une femme⁶². En d'autres mots, la juridiction constitutionnelle estime que la filiation maternelle doit, sur ce point, se contractualiser, au moins dans la mesure qui prévaut en ce qui concerne l'établissement de la paternité hors mariage.

31. L'aspect contractuel est en revanche patent quand il s'agit de cette dernière. La rencontre du consentement du père dans l'acte de reconnaissance et celui de la mère qui, en vertu de l'article 319, § 3 du Code civil, doit accepter lorsqu'est en cause un enfant mineur non émancipé, constitue un véritable contrat. Certes, la filiation paternelle peut aussi être établie par le biais d'une action en recherche

de paternité⁶³; certes encore, la Cour d'arbitrage a de nombreuses fois fixé des limites à l'autonomie de la volonté de la mère, plus sévères que celles que le législateur avait imaginées en 1987⁶⁴. Il n'en demeure pas moins que le principe même de ce consentement demeure en droit et que la reconnaissance d'un enfant mineur non émancipé constitue à l'évidence, en fait, le mode le plus habituel de l'établissement de la filiation paternelle hors mariage.

32. Ces mécanismes ont provoqué l'apparition du contrat avec l'enfant lui-même. Le consentement de ce dernier, s'il est majeur, mineur émancipé ou s'il a quinze ans accomplis, est en effet requis par l'article 319, §§ 2 et 3 du Code civil. Dans ces cas, en principe, la volonté de l'enfant doit rencontrer celle du père. Celui-ci dispose d'un recours dans le cas où l'enfant mineur de plus de quinze ans, non émancipé, oppose son refus⁶⁵, mais on ne conçoit guère en pratique que le tribunal autorise la reconnaissance contre l'accord de l'enfant. En cas de refus de l'enfant majeur ou émancipé de consentir à la reconnaissance, quelle que soit la vérité biologique, aucun recours n'est ouvert. La Cour d'arbitrage a au surplus estimé, essentiellement sur la base de la Convention relative aux droits de l'enfant, que l'article 319, § 3, alinéa 1^{er} du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en l'absence d'une procédure permettant la prise en compte par le juge du consentement du mineur de moins de quinze ans, soit en personne s'il est capable de discernement, soit par voie de représentation du mineur par les personnes qui en assument la charge⁶⁶.

33. Inversement, en cas d'accord, si l'enfant n'est pas biologiquement celui de l'homme à l'égard duquel la filiation est établie, celle-ci ne peut plus être contestée par ceux qui ont donné leur consentement⁶⁷. L'auteur de la reconnaissance d'un enfant et celui qui y a consenti ne peuvent contester la reconnaissance que s'ils prouvent que leur consentement a été vicié⁶⁸. Le vice est établi en rapportant la preuve de l'erreur, de la violence, du dol ou de l'absence

63. Articles 322 et s. du Code civil.

64. Voy. C.A. n° 66/2003 du 14 mai 2003, C.A. n° 79/95 du 28 novembre 1995, C.A. n° 62/94 du 14 juillet 1994, C.A. n° 63/92 du 8 octobre 1992, C.A. n° 39/90 du 21 décembre 1990. Ce phénomène avait été prévu dès avant la promulgation de la loi du 31 mars 1987 (voy. entre autres F. RIGAUX, « Le partage d'attribution entre le législateur et le juge », *R.C.J.B.*, 1987, pp. 26-27, n° 26; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987 », *Ann. de droit de Louvain*, 1987, pp. 259-261, n° 90 et 93). Voyez également les discussions relatives au pouvoir de la mère dans l'attribution du nom de l'enfant né hors mariage (art. 335, § 3 du Code civil) et la jurisprudence de la Cour d'arbitrage à cet égard : C.A. n° 68/97 du 6 novembre 1997, C.A. n° 64/96 du 7 novembre 1996, C.A. n° 79/95 du 28 novembre 1995, C.A. n° 79/95 du 28 novembre 1995, C.A. n° 38/93 du 19 mai 1993.

65. Voy. l'article 319, § 3, alinéa 2 et 3 du Code civil.

66. Arrêt n° 66/2003 du 14 mai 2003.

67. Article 330, § 1^{er}, alinéa 3 du Code civil.

68. Article 330, § 1^{er}, alinéa 2 du Code civil.

58. Sur ce point, on sait que l'Eglise catholique demeure en totale rupture avec la logique volontariste. « Cette doctrine, plusieurs fois exposée par le Magistère, est fondée sur le lien indissoluble que Dieu a voulu et que l'homme ne peut rompre de son initiative entre les deux significations de l'acte conjugal : union et procréation. » (PAUL VI, Encyclique *Humanae vitae*, 25 juillet 1968, 12).

59. Article 312, § 1^{er} du Code civil. En Belgique, cette mention est obligatoire en application de l'article 57 du Code civil.

60. Art. 313 du Code civil. « La reconnaissance d'un enfant par sa mère (...) est un mode d'établissement de la filiation exceptionnel; il ne requiert aucun consentement préalable ni du père ni de l'enfant et n'est soumis à aucun contrôle judiciaire » (C.A. n° 36/96 du 6 juin 1996, B.2).

61. Article 332ter du Code civil.

62. Arrêt n° 112/2002 du 26 juin 2002, *J.L.M.B.*, 1996, 1684, note D. PIRE; *R.W.*, 1996-97, 977, note F. AFS; *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, 542, note.

de discernement suffisant⁶⁹, toutes notions tirées du droit commun des contrats. Au surplus, la demande, quel que soit celui qui la formule, doit être rejetée si l'enfant a la possession d'état à l'égard de celui qui l'a reconnu⁷⁰. Bref, l'accord des volontés d'un homme, d'une femme et éventuellement de l'enfant de plus de quinze ans, ou même, à suivre la Cour d'arbitrage, de l'enfant doué de discernement, peut établir un lien de filiation paternelle hors mariage, le cas échéant sans aucun rapport avec la vérité biologique.

Conclusion : le consensualisme dans l'établissement des relations familiales et ses improbables limites

34. Le contrat est aujourd'hui la figure juridique mobilisée par excellence lorsqu'il s'agit de définir la spécificité, les conditions de formation et les conséquences des liens humains les plus originaires et les plus fondamentaux, les relations familiales. Une illusion rétrospective pourrait faire croire qu'il en a toujours été ainsi. Or, pour ce qui concerne le mariage, le principe du consentement des époux, dans une relation d'égalité des parties au contrat, ne s'est imposé que peu à peu. L'aspect institutionnel, lié surtout à une perception téléologique centrée sur la procréation, est demeuré prépondérant jusqu'il y a peu, avant d'être remis en question de manière radicale par l'instauration du mariage homosexuel. Les restrictions au divorce par contrat, fondées d'abord sur des raisons religieuses, puis, après sécularisation du droit, sur une certaine interprétation de l'intérêt des enfants, ont aujourd'hui pratiquement disparu. La filiation dans le mariage est la conséquence du caractère conventionnel de celui-ci. La filiation hors mariage est largement contractualisée elle aussi, et quand elle ne l'est pas, comme dans le cas de la reconnaissance par la mère, la Cour d'arbitrage indique qu'elle devrait l'être davantage.

35. Le champ de l'autonomie des volontés s'étend constamment. Il n'est pas illimité, mais ses bornes sont lointaines et énigmatiques. L'« intérêt de l'enfant », si souvent invoqué aujourd'hui, ne semble occuper à cet égard qu'une place marginale, ou est en tout cas peu lisible quant à son contenu. Comme tant de notions à contenu variable, elle sert surtout à justifier les solutions retenues, même quand elles sont successivement contradictoires. La vérité biologique est une fausse limite au consensualisme, alors même qu'elle peut être de mieux en mieux connue. La paternité physiologique spécialement, scientifiquement expliquée ou non, n'a jamais eu d'importance dirimante. En matière de filiation, la volonté des adultes est plus forte qu'elle.

36. La vraie limite au contractualisme du mariage est constituée par le régime primaire, qui en représente l'aspect institutionnel, ou ce qui en demeure. La limitation du contractualisme dans le divorce par consentement mutuel ne porte que sur l'énigmatique intérêt de l'enfant et n'est en pratique qu'un aménagement du contrat plutôt qu'une véritable exception. La limitation de l'aspect contractuel de la filiation est indiscernable. Seuls s'opposent des prétendants à des contrats concurrents, dont l'arbitrage mobilisera à nouveau un « intérêt de l'enfant » souvent incertain.

37. La figure du contrat dans le droit de la formation du lien matrimonial, du divorce et de l'établissement de la filiation n'est pas encore totalitaire. Elle est cependant, pour le moins, déjà triomphante. Asservissement idéologique à l'individualisme ou liberté des personnes ? Un mélange des deux, peut-être ?

69. Civ. Bruxelles 25 février 1998, *J.T.*, 1999, 216 ; *Par.*, 1999, III, 24.

70. Article 330, § 2, alinéa 2 du Code civil.